

GABRIEL ANTINDLFI DIVAN

PROCESSO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

UMA RECONFIGURAÇÃO DA JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL



ELEGANTIA JURIS

Porto Alegre, 2015

© 2015, Elegantia Juris

Revisão ortográfica: Patrícia Aragão e Valéria Machado

Design de capa e diagramação: RoketPub.

Impressão e acabamento: Gráfica Epecê

CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

Bibliotecária: Fernanda Pinheiro de S. Landin CRB-7: 6304

D618p

Divan, Gabriel Antinolfi

Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal /Gabriel Antinolfi Divan. - Porto Alegre, RS: Elegantia Juris, 2015.

571 p. ; 23 cm

ISBN 978-85-67090-06-1

1. Direito penal - Brasil. 2. Crime político - Brasil. 3. Processo Penal - Brasil. 4. Processos (Crime político). I. Título.

CDD: 345.81

10.11.2014



ELEGANTIA JURIS

Publicações jurídicas · Porto Alegre/RS

elegantiajuris.com.br

contato@elegantiajuris.com.br

+55 51 9676.3378

Todos os direitos desta edição estão reservados, com base na Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998).

1128943

SUMÁRIO

PREFÁCIO — POR RUBENS R. R. CASARA	19
PREFÁCIO — POR JUAREZ CIRINO DOS SANTOS.....	25
(RE)APRESENTAÇÃO — POR AURY LOPES JÚNIOR	29
INTRODUÇÃO — OU PARA ALÉM DO PONTO ONDE SE DEVE “ANUNCIAR” A CRISE.....	33
 CAPÍTULO 1 — EM BUSCA DE UMA POLÍTICA PROCESSUAL PENAL	 43
1.1 FIXANDO BASES PARA UMA NOVA COMPREENSÃO DE <i>POLÍTICA CRIMINAL</i> : DE (IM)POSSIBILIDADES, RETROSPECTIVAS E <i>POLÍTICA NEGATIVA</i>	47
1.1.1 A <i>POLÍTICA CRIMINAL</i> DETENTORA DE <i>FUNÇÃO</i> E O SISTEMA <i>JURÍDICO-PENAL</i> : DIGRESSÕES E CONCEITUAÇÕES	60
1.1.2 POLÍTICAS “SOCIAIS” E <i>POLÍTICA CRIMINAL</i> ENQUANTO “EXTREMA” <i>RATIO</i> : A FRONTEIRA NEGATIVA.....	72
1.1.3 <i>POLÍTICA(S) CRIMINAL(IS)</i> – CONFIGURAÇÃO BÁSICA DE DIVISÃO.....	88
1.2 <i>CRIMINOLOGIA</i> ENQUANTO INSTÂNCIA DE ESCLARECIMENTO – POSSIBILIDADES E CONFIGURAÇÕES DO DISCURSO CRÍTICO ENQUANTO FONTE ARGUMENTATIVA DO SISTEMA <i>JURÍDICO-PENAL</i>	96
1.2.1 <i>CRIMINOLOGIA(S)</i> E ESCOLHAS TEÓRICAS	102
1.2.2 <i>CRIMINOLOGIA</i> NO PROCESSO PENAL – BASES INICIAIS PARA A <i>POLÍTICA PROCESSUAL PENAL</i> E A <i>FUNÇÃO</i> DA <i>CRIMINOLOGIA</i> JUNTO À <i>POLÍTICA CRIMINAL</i>	106
1.3 PARA UMA <i>POLÍTICA PROCESSUAL PENAL</i> : <i>ÍNDOLE</i> PROCESSUAL, INSTRUMENTALIDADE (CONSTITUCIONAL) E <i>PRINCÍPIO INQUISITIVO</i> – DOIS NÍVEIS DE ANÁLISE.....	116

1.3.1 “EFICIENTISMO” PROCESSUAL E INSTRUMENTALIDADE: CONCEITOS E DESACERTOS	130
1.3.2 PRINCÍPIOS INQUISITIVO E DISPOSITIVO ENQUANTO CONFIGURADORES ENDÓGENOS DE POLÍTICA PROCESSUAL PENAL: VERTICALIDADE E HORIZONTALIDADE.....	147
1.4 FECHAMENTO (I): DE PROCESSOS E JUSTAS CAUSAS PARA SUAS INSTAURAÇÕES	171

CAPÍTULO 2 — AÇÃO PENAL E SEU EXERCÍCIO POLÍTICO (CRIMINAL) ... 177

2.1 PRETENSÃO (ACUSATÓRIA) E PROCESSO PENAL: O QUE SE PODE “PRETENDER” EM UMA AÇÃO PROCESSUAL PENAL?	180
2.1.1 LINHAS GERAIS PARA O DELINEAMENTO DE UMA PRETENSÃO PROCESSUAL E DE UM PROCESSO COMO MEIO DE SATISFAÇÃO DE PRETENSÕES	181
2.1.2 PRETENSÃO PROCESSUAL (PENAL) – PRETENSÃO “ACUSATÓRIA” E EQUÍVOCO(S) QUANTO A UM <i>IUS PUNIENDI</i>	192
2.2 “DIREITO” DE AÇÃO: DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO	204
2.2.1 A POLÊMICA SOBRE A “ACTIO” E AS PRIMEIRAS RUPTURAS: AÇÃO E SUA AUTONOMIA TEÓRICA	213
2.2.2 A AÇÃO COMO “PRETENSÃO À TUTELA JURÍDICA” – LINHAS GERAIS DO CONCRETISMO DE WACH	223
2.2.3 AÇÃO COMO DIREITO <i>POTESTATIVO</i> – APROXIMAÇÃO À IDEIA DE CHIOVENDA	229
2.2.4 AÇÃO COMO DIREITO ABSTRATO – APROXIMAÇÃO À IDEIA DE AÇÃO COMO ESPÉCIE DO <i>DIREITO DE PETIÇÃO</i> (COUTURE)	235
2.2.5 AÇÃO ABSTRATA E TEORIA ECLÉTICA – APROXIMAÇÃO À IDEIA DE AÇÃO EM “DOIS TEMPOS”	240
2.2.5.1 <i>EXCURSUS</i> (I): AS CHAMADAS “CONDIÇÕES DA AÇÃO” NA TEORIA ECLÉTICA DA AÇÃO PROCESSUAL CIVIL	245
2.2.5.2 <i>EXCURSUS</i> (II): A RECEPÇÃO PROCESSUAL PENAL DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO	248

2.2.5.3 EXCURSUS (III): CONDIÇÕES PRÓPRIAS DA AÇÃO PROCESSUAL PENAL? (RECEPÇÃO CRÍTICA)	252
2.2.6 NATUREZA JURÍDICA DO "DIREITO" DE AÇÃO (PROCESSUAL PENAL)	257
2.3 AÇÃO PENAL E SEU EXERCÍCIO POLÍTICO-CRIMINAL	263
2.3.1 BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE OS PRINCÍPIOS DE OBRIGATORIEDADE E OPORTUNIDADE: SOBRE APLICAÇÕES E DISTORÇÕES	271
2.3.2 IDENTIFICAÇÃO DE CONCEITOS E POLÍTICA PROCESSUAL: CRÍTICA À ADOÇÃO INDISCRIMINADA DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE COMO SINÓNÍMIA DO BINÔMIO OFICIALIDADE-LEGALIDADE	286
2.4 FECHAMENTO (II): A CURVA DOS CRITÉRIOS FUNDAMENTAIS DE OBRIGATORIEDADE – HÁ QUE SE PERPETUAR A INCIDÊNCIA VERTICAL DO EXERCÍCIO DA AÇÃO?	296

CAPÍTULO 3 — JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL – DESENVOLVIMENTO, ELEMENTOS E CONFIGURAÇÃO DOGMÁTICA TRADICIONAL..... 305

3.1 "JUSTA CAUSA": RÁPIDO PERCURSO HISTÓRICO DA CONFIGURAÇÃO INICIAL ATÉ O CARÁTER PROCESSUAL-PREAMBULAR	308
3.2 "JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL" E SEU CARÁTER DE FILTRO PERSECUTÓRIO (VISÃO TRADICIONAL): CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL E DISCIPLINA LEGAL ATUAL	332
3.2.1 JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL E O DEBATE NO ÂMBITO DA TEORIA DAS "CONDIÇÕES DA AÇÃO" (1): "CRITÉRIO" MAIOR E/OU CARÁTER SUI GENERIS DE "CONDIÇÃO" INDEPENDENTE	339
3.2.2 JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL E O DEBATE NO ÂMBITO DA TEORIA DAS "CONDIÇÕES DA AÇÃO" (2): INTERESSE DE AGIR E VARIAÇÕES EM TORNO DA "ACOPLAGEM" PROCESSUAL DA "JUSTA CAUSA" À TEORIA ECLÉTICA DAS "CONDIÇÕES DA AÇÃO"	347
3.2.3 JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL E A TANGÊNCIA DO MÉRITO DA DEMANDA: LIMIARES PROCESSUAIS E MATERIAIS	352
3.2.4 JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL ENQUANTO CONTROLE DA "INTERVENÇÃO PENAL MÍNIMA": PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE E GRAU DE VERTICALIDADE	357

3.3 PONTOS CRÍTICOS E CONVERGENTES DA VISÃO “TRADICIONAL” QUANTO À JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL	367
3.4 FECHAMENTO (III) – PLASMANDO CONCLUSÕES ACERCA DOS APORTES TRADICIONAIS QUANTO À JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL.....	382
CAPÍTULO 4 — JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL EM NOVAS CONFIGURA- ÇÕES: PROCESSO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL	387
4.1 UMA METÁFORA SOBRE A JURISDIÇÃO: DE SEGURANÇAS E AVENTURAS (OU “O DIREITO COMO OBSTÁCULO À TRANSFORMAÇÃO SOCIAL”)	392
4.1.1 DE ESPAÇOS, MEDOS E RELAÇÕES: UMA JURISDIÇÃO PARA QUE(M)?	397
4.1.2 JURISDICIONALIDADE: ENTRE NECESSIDADES POLÍTICO-CRIMINAIS E MANUTENÇÃO DE CRENÇAS E SEGURANÇAS PERDIDAS.....	407
4.1.2.1 EXCURSUS (IV): BREVES LINHAS SOBRE A AUTOTUTELA: UM ALERTA INICIAL	440
4.1.2.2 EXCURSUS (V): BREVES LINHAS SOBRE A AUTOCOMPOSIÇÃO: OUTRO ALERTA	443
4.2 INTERVENÇÃO E VERTICALIDADE: VISÃO CRÍTICA DA TIPICIDADE E ELEMENTOS PARA UMA POLÍTICA CRIMINAL DE EXTREMA RATIO	447
4.2.1 TIPO PENAL E TIPICIDADE: REVISÃO INICIAL OBRIGATÓRIA PARA ALÉM DA LITERALIDADE.....	458
4.2.2 SISTEMA BIPARTIDO DE FATO PUNÍVEL: COMPLEMENTAÇÃO POSSÍVEL EM RELAÇÃO À ADEQUAÇÃO SOCIAL E AOS LIMITES INTERVENTIVOS COMO MEDIADORES DA TIPICIDADE	463
4.2.3 SOBRE A LEGITIMIDADE (OU NÃO) DA INCIDÊNCIA DA JURISDIÇÃO PENAL: ALARGANDO O LEQUE CONCEITUAL EM RELAÇÃO AO PROCESSO PENAL	472
4.3 JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL – VISÃO POLÍTICO-CRIMINAL (FATORES COMPONENTES).....	477
4.3.1 PERSPECTIVA JURÍDICO-PROCESSUAL: (RE)VISANDO O CONTROLE DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA	481
4.3.1.1 DE CONTROLES E POSSIBILIDADES: A SISTEMÁTICA DO CPP EM XEQUE – PROPOSTA	487

4.3.1.2 ANÁLISE DE <i>JUSTA CAUSA</i> PARA A AÇÃO PENAL E DECISÃO(S) DE MÉRITO	491
4.3.1.3 DE PODERES E CONTROLES: DAS POSSIBILIDADES DE USO DO INSTITUTO	494
4.3.2 PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL: POSSIBILIDADE DE (RE)AVALIAÇÃO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA PELA VIA DA DANOSIDADE E DO INJUSTO TÍPICO.	498
4.3.3 PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA: (RE)CONSIDERAR CRITICAMENTE O SISTEMA JURÍDICO-PENAL	506
4.3.4 PERSPECTIVA SOCIOFILOSÓFICA: (RE)DESCOBRIR O DIÁLOGO "IMPREVISÍVEL"	513
4.4 <i>JUSTA CAUSA</i> PARA A AÇÃO PENAL ENQUANTO INSTRUMENTO POLÍTICO-CRIMINAL: UMA ANÁLISE "CONGLOBANTE" DA " <i>JUSTA CAUSA</i> "	527
CONCLUSÕES	533
REFERÊNCIAS.....	547